

1. Waar ik Britt Dekker in mijn noot bij de Rechtbank nog aanduidde als “voor de meeste lezers van *Computerrecht* vast onbekende”,<sup>1</sup> was ze bij het arrest van het gerechtshof “de inmiddels bij de lezers van *Computerrecht* bekende”<sup>2</sup> en na de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) zal haar bekendheid zich uitstrekken tot ver over de grenzen. Bij het grote publiek werd Britt Dekker bekend door uitspraken als “Ik kan 30.000 euro winnen - dat is dus bijna een miljoen”. Met de meest recente uitspraak in de “Hyperlink-saga” lijkt haar onnozelheid te zijn overgeslagen op het HvJEU.
2. De drie prejudiciële vragen in deze zaak betreffen hyperlinks naar informatie die zonder toestemming van de auteursrechthebbende beschikbaar is gemaakt. Deze informatie is uitgesplitst in “accessible to the general internet public” (vraag 1) en “indeed findable for the general internet public, but not easily so.” (vraag 2). Eigenlijk had hier nog een categorie aan moeten worden toegevoegd, namelijk niet vindbaar voor het algemene publiek, waarover later meer. De derde vraag tenslotte verzoekt om invulling van aanvullende “omstandigheden van het geval”, in geval van linken in situatie 1 en 2.
3. De uitspraak ontspoort vrijwel direct omdat het HvJEU de splitsing in verschillende soorten informatie blijkbaar niet zinvol achtte, de vragen in samenhang beantwoordt (r.o. 25) en de vraag herformuleert tot “whether, and in what possible circumstances, the fact of posting, on a website, a hyperlink to protected works, ***freely available on another website*** without the consent of the copyright holder, constitutes a ‘communication to the public’”.
4. In mijn Rechtbank annotatie heb ik de criteria die gebruikt worden om vast te stellen of er sprake is van een secundaire openbaarmaking (mededeling aan het publiek):
  - a. Er moet sprake zijn van een interventie;
  - b. Er moet een nieuw publiek worden bereikt;
  - c. Er is een commercieel oogmerk (ondergeschikt, niet doorslaggevend criterium);volkomen ongeschikt voor het internet genoemd.
5. Deze criteria komen uit rechtspraak over klassieke mediadiensten die niet met de plaatser van een link te vergelijken zijn. Een uitzender doet iets actief, hij communiceert werken die door zijn interventie ontvangen kunnen worden. De plaatser van de link attendeert slechts de internetgebruiker op het bestaan van elders al beschikbare informatie. Hij laat via een link weten waar informatie te verkrijgen is, terwijl de uitzender de informatie zelf communiceert.
6. Om mijn argumenten in deze context kracht bij te zetten, betoogde ik dat aan de voorwaarden a-c op internet gemakkelijk voldaan zal zijn, nl. (a) een link is een interventie, de plaatser brengt de clicker in contact met informatie; (b) er wordt al snel een publiek bereikt dat er daarvoor niet was en (c) de plaatser van de link zal doorgaans een dienst van de informatiemaatschappij (art. 3:15e BW) leveren en deze behelst een economische (dus commerciële) activiteit.
7. Bijzonder eervol vind ik het dat de AG bij de Hoge Raad de bijna 300 woorden die ik aan de ongeschiktheid van bovenstaande criteria wijdde in zijn conclusie integraal geciteerd heeft.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Rechtbank Amsterdam 12 september 2012, *Computerrecht* 2013, 7.

<sup>2</sup> Hof Amsterdam 9 november 2013, *Computerrecht* 2014, 39.

<sup>3</sup> Advies AG Hoge Raad 9 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:7, r.o. 2.3.15.

Echter, ook wat ongemakkelijk, want in mijn noot bij Svensson<sup>4</sup> en eerder bij Nederland.FM<sup>5</sup> betoogde ik juist dat een karakteristiek van het internet is dat informatie die er staat voor de hele wereld bereikbaar is en dus iets als een nieuw publiek niet bestaat. Nu is recht zo interessant omdat het mogelijk is rationeel te argumenteren voor zowel een bewering (A) als de negatie van die bewering (niet A). De criteria vind ik ongeschikt, maar als je ze dan toch moet toepassen kies ik voor de argumentatie dat er niet een nieuw publiek kan worden bereikt.

8. De vraag blijft intrigerend: kan het enkel verspreiden van informatie over de locatie waar werken te vinden zijn openbaarmaking opleveren? Om een fysieke analogie te gebruiken, stel dat mijn boek op 31 oktober 2016 verschijnt en dan pas verkocht mag worden en ik in vertrouwen aan een collega vertel dat ze bij de VU boekhandel onder de toonbank liggen. Als deze collega mijn vertrouwen beschaamt en het doorvertelt aan een advocaat, die vervolgens op slinkse wijze voor 31 oktober een exemplaar weet te bemachtigen door hem onder die toonbank vandaan te grissen, heeft mijn collega dan het boek openbaar gemaakt door zijn mededeling aan de advocaat?
9. Hoewel in beginsel de hele wereld bij via internet bereikbare informatie kan, zijn er gradaties in beschikbaarheid. Een populaire, door Google geïndexeerde site (zoals GeenStijl) ligt aan de ene kant van het spectrum en aan de andere kant van het spectrum bevindt zich een document in Dropbox of een private Youtube-video. Ook naar beide laatstgenoemde kan je hyperlinks. Hoewel ik eerder niet mee ging in de argumentatie inzake “volmaakt privé” van het gerechtshof Amsterdam, zie ik wel mogelijkheden om onder omstandigheden een hyperlink als een openbaarmakingshandeling te zien. Zo heb ik een privé video op Youtube waarin ik zing en die slechts enkele mensen gezien hebben. Als een bericht op GeenStijl, *Genant gezang professor*, een link naar die video bevat, zou dat als openbaarmakingshandeling kunnen kwalificeren. De video kon op zich al door iedereen bereikt worden, alleen wist bijna niemand nog voor het plaatsen van de link hoe.
10. Een veel gehoord bezwaar tegen het kwalificeren van hyperlinks als communicatie naar het publiek is de daaraan gekoppelde verbodsmogelijkheden en mogelijk hoge kosten door de handavingsrichtlijn. Er zijn meer bezwaren aan te voeren.
11. Om te beginnen sanctioneert de uitspraak van HvJEU ook situaties die niet onder het bijzondere geval van de Dropbox-link vallen. Zo kan er informatie A op internet staan die daar zonder toestemming van de auteursrechthebbende is geplaatst terwijl deze informatie A’ ook elders op internet te vinden is. Hoe kan het linken naar deze illegaal geplaatste content auteursrechtelijk relevant zijn? De informatie A’ waarnaar gelinkt wordt is dan immers al elders, voor de hele wereld dus, beschikbaar. Een link naar informatie A is toegestaan, maar een link naar informatie A’ is een auteursrechtelijk relevante communicatie naar het publiek die verboden kan worden. Er wordt immers gelinkt naar vrij op internet beschikbare informatie die er zonder toestemming van de auteursrechthebbende staat. Dit betekent dus dat als GeenStijl een item heeft ik ernaar mag linken, maar als iemand een kopie van het item van GeenStijl lokaal ergens heeft

---

<sup>4</sup> Hof van Justitie EU 13 februari 2014, *Computerrecht* 2014, 74.

<sup>5</sup> Rechtbank ‘s Gravenhage 19 december 2012, *Computerrecht* 2013, 83 (noot Egeler/Lodder).

opgeslagen en ik daarnaar link er door die link een relevante openbaarmakingshandeling plaatsvindt?

12. Stel nu dat zoals bij Playboy de informatie nog nergens stond. Dan is er nog een onderscheid te maken tussen gemakkelijk vindbare informatie, zoals een website [Brittnaakt.nl](http://Brittnaakt.nl) (vooral als deze door Google geïndexeerd is) en een plek vergelijkbaar aan een document in Dropbox. In het eerste geval is de vraag hoe je met de link naar het publiek iets kan communiceren aangezien ze er toch al gemakkelijk bij konden. In het tweede geval is te betogen dat door het enkele plaatsen van de informatie in Dropbox er nog geen informatie openbaar is gemaakt. De uitspraak is echter zo breed geformuleerd dat zoals we hierboven al zagen er ook hele andere situaties onder vallen. Stel nu dat het hof zijn uitspraak had beperkt en bepaald had dat in geval er naar informatie gelinkt wordt die nog niet vrij op internet beschikbaar is, een hyperlink een communicatie naar het publiek kan zijn?
13. Een eerste complicatie is in dat geval vast te stellen wanneer informatie “nog niet vrij beschikbaar is”. Mijn Youtube-video is bij ongeveer 20 mensen bekend. Is deze video dan nog niet vrij beschikbaar? Wat nu als ik de link deel met al mijn collega's in de faculteit en er zo dus enkele honderden mensen mee bekend worden? Is deze video dan nog steeds niet vrij beschikbaar? De grens is moeilijk te bepalen. Het hangt wellicht ook samen met de aard van de content. Bij smaad kan zelfs een 1-op-1 communicatie (via WhatsApp bijvoorbeeld) kwalificeren als een in het openbaar gedane uiting. In dat geval wordt openbaarheid binnen de beslotenheid geconstrueerd als degene die de informatie deelde kon verwachten dat deze verder gedeeld zou worden. Maar hoe kun je een dergelijk criterium vertalen naar het auteursrecht? Het lijkt mij dat zeker naarmate ik het met meer mensen deel, maar je kan zelfs betogen al vanaf het moment dat ik het met één iemand deel, ik daarmee auteursrechtelijk gezien voor lief neem dat het publiek met mijn werk in contact kan komen. In geval van een privé Youtube video door er naar te linken.
14. Een tweede complicatie is het dynamische karakter van content. Als je naar een pagina linkt, moet je dan constant monitoren of er op die pagina zonder toestemming van de auteursrechthebbende geplaatste informatie aanwezig is? Voor de werkgelegenheid gunstig, want bedrijfjes kunnen zich gaan toeleggen op voor rechthebbenden geautomatiseerd het internet afstruinen en elke foto of video indexeren, om te controleren of links wel of niet rechtmatig verwijzen.<sup>6</sup>
15. Een derde complicatie is het toestemmings-aspect. Hoe stel je vast of als je naar informatie linkt, deze informatie daar met toestemming van de auteursrechthebbende geplaatst is? Er zijn evidente gevallen, zoals een net verschenen e-book of streaming van een net in de bioscoop verschenen film. Maar doorgaans zal het niet zonneklaar zijn.
16. Een vierde complicatie is het door het HvJEU gemaakte onderscheid tussen professionele en niet-professionele gebruikers. De laatstgenoemde mogen blijven linken. Dat is een betrekkelijk willekeurige schifting die gemaakt wordt in de context van afweging tussen auteursrecht en vrijheid van meningsuiting, die iets goed beoogt te maken van deze uitspraak. Alleen mensen die geld verdienen, hoeven te controleren en monitoren. Maar hoewel deze onderzoeksplicht

---

<sup>6</sup> Micha Schimmel suggereerde het mogelijk ontstaan van dergelijk bedrijven.

ook stuit op de eerste drie complicaties, is de vraag wie professioneel is. Heeft mijn universiteit een onderzoeksplicht? Heb ik een onderzoeksplicht als ik op de SOLV-blog iets schrijf? En wat als ik eerst op een ideële blog iets schrijf en dat doorzet naar SOLV? Heb ik dan die plicht voor eerstgenoemde niet en wel voor laatstgenoemde?

17. Mogelijk dat het HvJEU zich realiseerde dat er ook nog een ander probleem zou ontstaan als anders dan vrij beschikbare informatie onder communicatie voor het publiek zou worden geschaard. In mijn voorbeeld van de privé video wordt door de link namelijk niet secundair, maar primair openbaar gemaakt. Daar zijn de criteria echter niet voor bedoeld. Mede in het licht van de bij Svensson ingeslagen weg dat de hele wereld toegang heeft tot met toestemming van de rechthebbende op internet geplaatste informatie, zou een mogelijk gevolg kunnen zijn dat een met toestemming van de auteursrechthebbende geplaatste tekst of foto ook door anderen naar het publiek gecommuniceerd zou kunnen worden anders dan via hyperlink. Wel kan er dan sprake zijn van onrechtmatige verveelvoudiging, maar daar zal niet altijd sprake van zijn, bijvoorbeeld als de plaatser van de digitale content over een legale kopie beschikte. Gevolg is dan dat deze communicatie naar het publiek niet auteursrechtelijk verboden kan worden omdat de hele wereld er al bij kon. Dit verhoudt zich bovendien niet goed met het niet bestaan van uitputting in een digitale omgeving. Op het moment dat je criteria voor communicatie naar het publiek behandelt in de context van de hyperlink, maar deze criteria in algemene zin worden verwoordt dan zouden deze criteria ook voor andere communicatie dan via hyperlinks moeten gelden. Zoals bij wel meer nu nog onder auteursrecht vallende situaties, zou de onrechtmatige daad een beter alternatief zijn.
18. Het HvJEU benadrukt dat het recht van de auteursrechthebbende goed beschermd moet worden. Om de in beginsel neutrale hyperlink hiervoor te slachtofferen is een ongelukkige keuze geweest. Het is te hopen dat in latere rechtspraak het HvJEU op haar schreden terugkeert. Het is afwachten hoe de Hoge Raad deze uitspraak zal duiden. Het linken geheel buiten het auteursrecht houden zou het beste zijn, maar daar lijkt deze uitspraak, anders dan de conclusie van de AG Wathelet<sup>7</sup> van het HvJEU, helaas niet de ruimte toe te bieden.
19. In de week dat de Rechtbank in september 2012 uitspraak deed, verscheen in *MR*. een opinie van Alberdingk Thijm (advocaat voor Sanoma in deze zaak) over *Auteursrecht op de schop*.<sup>8</sup> Hij zei onder andere “Het auteursrecht met zijn stelsel van verbodsrechten heeft een geconcentreerde media-industrie gecreëerd die innovatie belemmert. Het is tijd om te beoordelen of het auteursrecht niet op een andere wijze zijn doel kan bereiken, niet via verbodsrechten, maar met behulp van vergoedingsrechten (...) Uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium is niet de weg uit de crisis die het auteursrecht kenmerkt. Een grondige herbezinning van het systeem van exclusieve rechten is dat wel..” Er bestaat geen behoefte aan het exclusieve recht om te verbieden naar content te hyperlinken . De noodzaak tot een grondige herbezinning is vier jaar later alleen maar urgenter geworden.

A.R. Lodder

---

<sup>7</sup> Opinie van 7 April 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221.

<sup>8</sup> <http://www.solv.nl/weblog/het-auteursrecht-op-de-schop-als-ik-het-mag-zeggen/19060>